



TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO

ASISTENCIA SANITARIA Y AUTONOMÍA DEL PACIENTE MENOR DE EDAD

**HEALTHCARE AND AUTONOMY
OF MINOR PATIENTS**

Autora: María Jesús Oruña Fernández

Director: Prof. Dr. Joaquín Cayón de las Cuevas

ÍNDICE

RESUMEN	3
1.- INTRODUCCIÓN	6
2.- CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	6
2.1.- Planteamiento	6
2.2. Prestación de la información	8
2.3. Prestación del consentimiento	9
3.- CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN.....	10
4.- LA DOCTRINA DEL MENOR MADURO	13
4.1. Situación previa.....	13
4.2 La reforma paternalista de 2015	16
5.- TEMAS CONTROVERTIDOS.....	19
5.1 Interrupción voluntaria del embarazo	19
5.2 Menores Testigos de Jehová	21
5.3 Menores con disforia de género.....	26
5.4 ¿Primacía de la autonomía moral o del derecho a la vida?	28
6.- BIBLIOGRAFÍA	30

RESUMEN

¿Tiene un menor la capacidad de decidir acerca de las intervenciones que se van a llevar a cabo sobre su propio cuerpo? Según un estudio realizado a pacientes menores en el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital de Cartagena y en el Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia, el 86,9% de los menores encuestados responden a esta cuestión que estaban preparados para opinar sobre su consentimiento o no a la intervención que se les iba a realizar. Sin embargo, sólo el 34,3% de ellos se ve preparado ya no para opinar, sino para tomar la decisión final.

En el plano jurídico existen dos vertientes, una teoría antipaternalista, la cual viene dada por la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LAP), que nos dice que el consentimiento a las intervenciones quirúrgicas sobre el cuerpo del menor lo va a dar sus representantes legales, cuando estos tengan más de doce años y hasta los dieciséis, siempre tras escuchar al propio menor; pero van a ser los menores quienes presten ese consentimiento cuando estos tengan dieciséis años, a los cuales se les va a llamar “menores maduros”. Sólo en el caso que la actuación sea de grave riesgo para la salud, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta. Además se exigirá siempre la mayoría de edad para la investigación de ensayos clínicos, para las técnicas de reproducción asistida y para la donación de órganos.

Esta doctrina antipaternalista o doctrina del menor maduro se va a ver reformada en el año 2015 por la ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, mediante la cual el menor ya no va a decidir, el consentimiento lo van a prestar sus representantes legales teniendo en cuenta el mayor beneficio para la vida o la salud del paciente cuando se trate de actuaciones de grave riesgo para la salud del mismo. Su opinión sólo va a ser tomada en cuenta tras la reforma.

Todo ello hace que se confronten distintos Derechos Fundamentales como son la libertad religiosa, la integridad física, la autonomía moral del paciente y la propia vida.

Las diversas corrientes tratan de argumentar sus opiniones jerarquizando esos derechos, con temas de debate o controvertidos como son la interrupción voluntaria del embarazo en menores, el caso de las transfusiones de sangre en los testigos de Jehová o los menores con disforia de género.

ABSTRACT

Has a minor the ability to decide on the operations that are going to be carried out on their own body? According to a study of minor patients in the Otolaryngology Service of the Cartagena Hospital and the Maxillofacial Surgery Service of the Virgen de la Arrixaca University Hospital in Murcia, 86.9% of the minors survey respondents answer that they were prepared to give their opinion about their consent or not to the operation that was going to be performed. However, only 34.3% of them are not only prepared to comment, but also to make the final decision.

On the legal level there are two aspects, an antipaternalistic theory, which is given by the law 41/2002 of patient autonomy, which tells us that the consent to surgical interventions on the body of the child will be given by their legal representatives, after hearing their opinion if they are over twelve years old and up to sixteen; but it will be the minors who give that consent when they are sixteen. In this case they are going to be called "mature minors". Only if performance is a serious health risk, parents will be informed and their opinion will be taken into account for making the appropriate decision. In addition, the age of majority will always be required for the investigation of clinical trials, for the practice of assisted human reproduction techniques and for organ donation.

This antipaternalist doctrine or the mature minor doctrine will be reformed in 2015 by the law 26/2015 of modification of the system of protection for children and adolescents, through which the child will no longer decide, the consent will be provide to their legal representatives taking into account the greatest benefit to the life or health of the patient when dealing with actions of serious risk to the patient's health. Their opinion will only be taken into account after the reform.

All of this causes different Fundamental Rights to be confronted, such as religious freedom, physical integrity, the patient's moral autonomy and life itself.

The different currents try to argue their opinions hierarchizing those rights, with topics of discussion or controversial issues, such as, the voluntary interruption of pregnancy in minors, the case of blood transfusions in Jehovah's Witnesses or minors with gender dysphoria.

1. INTRODUCCIÓN

El paciente como consumidor es una idea poco interiorizada en la sociedad. Poco asociada está la idea acerca de las intervenciones médicas y su íntima relación con el derecho de los consumidores, o el sometimiento que tiene al derecho del acto médico. Es una relación con el paciente de naturaleza asimétrica, vertical, en la que este es la parte débil y, por ello, el ordenamiento ha de incidir, en concreto el derecho de consumo. Entra en juego el sistema de garantías y normas promulgadas al servicio del consumidor.

Entre las garantías destacadas y en la que más voy a incidir es el derecho a la información que tiene el paciente, y, además, la prestación de su consentimiento como requisito vinculante.

Partimos de que la información sanitaria es un proceso bidireccional¹, es decir, por una parte, el médico proporciona al paciente la información clínica de su caso, y después el paciente le presta al médico su consentimiento informado. Hay por tanto un derecho del usuario y un deber por parte del profesional. Los pacientes tienen derecho a conocer toda la información disponible, salvando los supuestos previstos en la ley. Además cuentan con un derecho a no ser informados.

2. CONSENTIMIENTO INFORMADO

2.1. Planteamiento

Este derecho a la información que tiene el paciente deriva en primer lugar de la propia Constitución española, en su artículo 10, referido a la dignidad de la persona². Sin embargo, su origen data de 1914 con el caso Schloendorff³ en la ciudad de Nueva York, en el cual la paciente Schloendorff fue ingresada en un

¹ FERREIRA PADILLA, G., FERRÁNDEZ ANTÓN, T., BALEIROLA JÚLVEZ, J. (2013). “Consentimiento informado vs. «consentimiento comunicado» ante la necesidad de garantizar la bidireccionalidad e interrelación médico-paciente y mejorar la satisfacción de pacientes y facultativos”, *Atención Primaria*, nº 45 (4), pp. 225-226.

² Según el artículo 10 de la Constitución Española “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

³ TARODO SORIA, S. (2006). “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”. *Derecho y Salud*, nº 14(1), pp. 230-236.

hospital público de la ciudad con fuertes dolores en el abdomen, el médico requirió una posibilidad de diagnóstico invasiva, a lo que ella aceptó pero únicamente con intención diagnóstica, dejando patente que cualquier medida terapéutica debería ser consultada con ella. En el proceso de la intervención, el médico avistó una masa tumoral y decidió proceder a su extirpación. La Sra Schloendorff una vez despierta de la anestesia se percató que se había contravenido su expresa indicación y por ello reclamó, llegando el caso a los tribunales.

En 1914 se dictó la resolución de la Corte Suprema de Nueva York dando lugar al conocido caso “*Schloendorff Vs Society of New York Hospital*”. El juez CARDOZO daría la razón a la paciente en una histórica sentencia la cual ha sido citada como argumento jurídico del principio de autonomía y como una ruptura de la soberanía de los códigos deontológicos.⁴ En palabras de Benjamin CARDOZO “todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión, por la que se puede reclamar legalmente daños”⁵. Puede apreciarse cómo la inobservancia de los deseos del paciente sobre las intervenciones sobre el propio cuerpo del paciente menoscaba su derecho a la libre determinación.⁶ Se debe entender que la expresión del paciente de su consentimiento es una manifestación de su derecho a la libre determinación, parte relevante en la manifestación del juez⁷.

Además, añade tres excepciones a este deber de prestar consentimiento informado; una emergencia cuando el paciente no se encuentre consciente, y

⁴ RODRIGO DE LARRUCEA, C. (2018). “Origen del consentimiento informado y el juez Cardozo”. Disponible en: <https://carmenrodrigodelarrucea.wordpress.com/2018/01/19/origen-del-consentimiento-informado-y-el-juez-cardozo/>

⁵ Schloendorff v. New York Hospital (1914), 149 App. Div. 915): «Every human being of adult years and sound mind has the right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault, for which he is liable in damages» [Schloendorff v. New York Hospital (1914), 149 App. Div. 915)].

⁶ TARODO SORIA, S. (2006), ob. cit., pp. 234-242.

⁷ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2017) *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo*, Thomson Reuters Civitas, 2017, p.133.

cuando sea necesario operar antes de que el consentimiento pueda ser obtenido⁸.

2.2. Prestación de la información

La primera parte del proceso del consentimiento informado pasa, precisamente, por la prestación de la información, normalmente de manera verbal y dejando constancia en la historia clínica. El contenido mínimo de esa información ha de versar sobre los siguientes extremos: finalidad y naturaleza de la intervención, riesgos que de la intervención se pueden derivar, y consecuencias de la misma⁹.

En cuanto a los requisitos de la información ha de ser Una información verdadera, comprensible y adecuada, y útil para tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad¹⁰.

Es el médico responsable del paciente es el que debe velar y garantizar el cumplimiento de su derecho a la información, según el artículo 4 LAP. Por otra parte, el titular del derecho de información es por tanto el propio paciente, aunque también serán informados las personas vinculadas al mismo en la medida que el paciente lo permita. Si el paciente es una persona incapacitada, el titular de este derecho a la información es su tutor¹¹. Sin embargo, el sujeto destinatario de la información cambia cuando es un caso epidemiológica, en el

⁸ «Except in cases of emergency where the patient is unconscious, and where it is necessary to operate before consent can be obtained».

⁹ El artículo 4.1 LAP establece que “los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”.

¹⁰ El artículo 4.2 LAP indica que “la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.

¹¹ El artículo 5 LAP contempla que “1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. 2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal. 3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. 4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.”

cual los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando estos impliquen un riesgo para la salud pública.¹²

También, existe algo parecido al estado de necesidad en la limitación al derecho de información, esto es cuando existe de manera acreditada un estado de necesidad terapéutica, es decir, cuando el conocimiento por parte del paciente de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave (necesidad terapéutica).

La información clínica como ya se señaló es bidireccional: una vez el médico ha prestado la información al paciente, este otorga su consentimiento.

2.3. Prestación del consentimiento

Consecuentemente el consentimiento informado es un proceso gradual que consta de dos fases, una primera informativa, y una segunda deliberativa.

Al igual que la información que presta el médico suele ser de manera verbal, el consentimiento por regla general también, salvo en los casos de cirugía, en los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores (mamografía), y cualquier procedimiento que genere riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.¹³

En la medicina satisfactiva (por ejemplo una operación de cirugía estética, vasectomía, ligadura de trompas) el consentimiento informado es prestado con una intensificación del derecho de información por parte del facultativo.¹⁴ Esta información intensificada ha sido detallada por la jurisprudencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo¹⁵, en el sentido de que, además de la obligación de

¹² De acuerdo con el artículo 6 LAP “Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley.

¹³ A ello se refiere el artículo 8 LAP cuando indica que “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.”

¹⁴ BERROCAL LANZAROT, A. (2004). “El consentimiento informado y la capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002”. *Anuario De Derechos Humanos Nueva Época*, nº 5, p. 35.

¹⁵ STS 758/2005, 21 de octubre de 2005 (Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil 2005).

proporcionar la información prescrita en los artículos 4 y 10 de la Ley 41/20027, se debe de proporcionar la información relativa a todos los riesgos que conozca la ciencia médica en ese momento, incluidos los riesgos extraordinarios, así como las posibilidades de que no se alcancen los resultados que se pretenden. Como ejemplo, la Sentencia de 21 de octubre de 2005, dice que:

“El deber de información en la medicina satisfactiva –en el caso, cirugía estética-, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención (...), como información objetiva, veraz, completa y asequible, no sólo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidades del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto, debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible”

En cualquier momento el consentimiento informado puede ser revocado por el paciente de manera escrita¹⁶. Además, este ha de prestarse siempre con una antelación mínima de veinticuatro horas y la jurisprudencia dice que debe subsistir durante todo el tratamiento.¹⁷

3. CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

Existen supuestos en los que uno no puede prestar su consentimiento, esto es; cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, y por tanto lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, y cuando el paciente esté incapacitado legalmente, caso en el cual prestará el consentimiento su representante legal.¹⁸

¹⁶ Según el artículo 8.5 LAP “el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.

¹⁷ JUNTA CASTILLA Y LEÓN. (2019). *Guía del consentimiento informado* (p. 18). Consejería de Sanidad Dirección General de Planificación y Ordenación.

¹⁸ Así el artículo 9.3 LAP prevé que “se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.”

Especial consideración tiene y vamos a hacer al paciente menor de edad. La pregunta que podemos hacernos es, ¿tiene un menor la capacidad de decidir acerca de las intervenciones sobre su propio cuerpo?

Las cuestiones que se plantean en torno a esta materia no son de fácil solución, sobre todo porque no son cuestiones meramente jurídicas, ya que hay muchos otros factores implicados como pueden ser, las relaciones de afectividad entre los padres y los hijos, el apoyo que puedan tener de estos en la toma de sus decisiones, y sobre todo, el ambiente cultural de la familia, el religioso y su entorno social. Cuestiones que a menudo dificultan la tendencia del menor a la autonomía las influencias parentales y profesionales, el deseo de aprobación, la confianza, la conformidad, y la lucha directa del menor contra ella. En la preadolescencia y al inicio de la misma los menores tienden más a actuar de acuerdo con las influencias externas que a otras edades. Pero también muchos adultos sucumben a esas mismas influencias externas.¹⁹

La redacción originaria de la LAP, en su artículo 9, contemplaba la figura del “menor maduro”, bajo estas premisas: a) cuando el menor tiene entre 0 y 12 años el consentimiento lo presta el representante legal del menor; b) cuando tiene entre 12 y 16 años lo presta igualmente el representante legal del menor, escuchando a este previamente, es decir, el médico tiene la obligación de informar siempre a los padres y obtener su consentimiento, y c) cuando tiene entre 16 y 18 años lo presta el propio menor, pero los padres aquí serán informados y su opinión será tomada en cuenta si la actuación es de grave riesgo.

Se requerirá siempre los 18 años para las prácticas de ensayos clínicos, para las prácticas técnicas de reproducción asistida y para la donación de órganos. Además, hay excepciones en los que se prestará el consentimiento por representación de los padres o tutores, y es cuando haya un riesgo para la salud pública, y el riesgo inmediato y grave para la identidad física o psíquica.

¹⁹ MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, K. (2007) “La capacidad del menor en el ámbito de la salud: Dimensión socio-sanitaria”, *Derecho y Salud*, Vol. 15(1) pp. 32 a 34.

Según la LAP, el mayor de edad o el menor maduro va a ser el titular de recibir la información clínica adecuada y además va a ser el que va a tener el derecho a prestar su consentimiento libre y voluntario tras recibir esa información.

Este régimen va a ser aplicable, siempre y cuando el menor no se encuentre por algún motivo incapacitado, y siempre que sea capaz intelectual y emocionalmente, tanto que sea capaz de comprender el alcance que va a tener la intervención que se va a llevar a cabo.

Cuando los representantes legales tomen una decisión que, a criterio del médico, sea contraria a los intereses del representado, el médico solicitará la intervención judicial, según se establece la Organización Médica Colegial.²⁰

Sin embargo, no se puede llegar a la conclusión que los representantes del menor, o sus progenitores, carezcan de derechos respecto al menor. Dice MONTALVO JÄÄSKELÄINEN “que no debemos olvidar que la patria potestad opera en beneficio del menor, y que no se configura como una institución de la que emanan solamente deberes para los progenitores, sino también determinados derechos que les permite proyectar en sus hijos sus propios valores, creencias y culturas”.²¹ A este respecto, los términos en los que se expresa el artículo 154 CC²² permiten también deducir derechos de los padres respecto de sus hijos que se derivan de la patria potestad. Según MONTALVO JÄÄSKELÄINEN se trata de un equilibrio complicado, equilibrio que no se produce entre deberes de los padres y derechos del menor, sino entre diferentes derechos de ambas partes, los de los padres de ofrecer al menor la

²⁰ Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. (2015). Declaración de la Comisión Central de Deontología de la organización médica colegial sobre la asistencia médica al menor en situaciones de rechazo al tratamiento.

²¹ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2012) “Rechazo a las políticas públicas de vacunación, análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano”, Derecho privado y Constitución, nº 26, p. 223.

²² El artículo 154 del Código Civil fue redactado por el apartado ocho del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, quedando de la siguiente manera “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

necesaria protección y salvaguarda, y los del menor de ejercer sus opciones vitales, incluso cuando éstas no coinciden con las de sus progenitores.

4. LA DOCTRINA DEL MENOR MADURO

4.1. Situación previa

La expresión “menor maduro” se utiliza para identificar a las personas que legalmente son menores de edad, pero que sin embargo cuentan con capacidad suficiente para involucrarse en la toma de decisiones que afecten a su persona. La base teórica se halla en el principio de que los derechos de la personalidad y su desarrollo, puedan ejercerse así como otros derechos civiles, los cuales pueden ser ejercitados por el individuo desde el mismo momento en que este es capaz de disfrutarlo, hecho que suele suceder antes de los 18 años.

El concepto de “menor maduro” nace en EE.UU. en los años 70 construyéndose de forma progresiva desde el punto de vista jurídico, en base a las demandas que los padres realizaban por asistir a sus hijos adolescentes sin su consentimiento.²³ En 1973, la Academia Americana de Pediatría afirmaba que cuando las decisiones sean de bajo riesgo y gran beneficio: *“un menor puede dar su consentimiento para recibir asistencia médica cuando es capaz de tomar decisiones racionales y dicha asistencia puede verse comprometida por el hecho de informar a sus padres”*.²⁴ En virtud de lo establecido en nuestro Código Civil (artículo 162) *“cuando se trate de menores que reúnan condiciones de madurez suficiente y en los que, por tanto, su capacidad de juicio y entendimiento les permita conocer el alcance del acto médico para su propio bien jurídico, deben ser ellos quienes autoricen la intervención médica”*.²⁵

²³ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2016). “La capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico: problemas de autonomía e intimidad”. *Revista Española Endocrinología Pediátrica*, Vol. 7 (2), p. 6.

²⁴ AYUSO MURILLO, D., TEJEDOR MUÑOZ, L., & SERRANO GIL, A. (2018). *Enfermería familiar y comunitaria: Actividad asistencial y aspectos ético-jurídicos*, Ediciones Díaz de Santos, p. 83.

²⁵ Artículo 162 del Código Civil, redactado conforme establece el apartado doce del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Por lo tanto, ¿qué se entiende por menor maduro? Son menores de dieciocho años que por haber alcanzado una capacidad para comprender, evaluar, expresar y jerarquizar el alcance de sus acciones se les debe reconocer autonomía para tomar decisiones en función de su nivel de madurez.

¿Cómo se valoraba esa madurez? En el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN) se decía que el “estar en condiciones de formarse un juicio propio” es el presupuesto para ejercer el derecho a expresar libremente las propias opiniones.²⁶

Por otro lado, el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General n° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009), señala que el término "madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño para formarse opinión sobre un tema concreto y para decidir al respecto.²⁷ Iba a ser el personal especializado quien decidía, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor, como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. “Cuanto más trascendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez y más rigurosa deberá ser la apreciación de sus presupuestos” decía la circular 1-2012 de la Fiscalía General del Estado.²⁸

²⁶ UNICEF Comité Español. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2006). Artículo 12: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.” Anexo “Opinión del niño”. El niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan.”

²⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Convención sobre los Derechos del Niño. Derecho del niño a ser escuchado (2009). Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, p. 11 “‘Madurez’ hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño”.

²⁸ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 3 de octubre, Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

Según un estudio observacional realizado a los propios menores para conocer su opinión , en el cual se eligió 100 pacientes entre los 12 años y 18 años de edad, y que se sometían a una intervención quirúrgica en el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario Santa Lucía de Cartagena y en el Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia, los menores en su mayoría consideraban que en cuanto al proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario acerca de su salud la edad adecuada era los 16 años (48,5%), por otro lado, el 23,7% consideraban que se pueden tomar decisiones con 14 años cumplidos y el 20,6% a partir de los 18 años de edad. Por tanto, con 16 años se obtuvo un porcentaje acumulado del 77,3%.²⁹

¿En qué se basa el facultativo para decidir? Principalmente en la capacidad cognitiva, es decir, en si el menor comprende la relación entre causas y consecuencias y es capaz de juzgar.³⁰ También en la capacidad afectivo-psicológica, que supone que el menor sepa expresar y defender sus ideas, así como tomar decisiones. Por último, si valora el riesgo/beneficio, es decir, si sabe elegir. El consentimiento informado del menor se tiene que ver no como un documento o formulario escrito “que libra de toda responsabilidad”, sino como lo que en verdad es, un proceso comunicativo, deliberativo y prudencial entre el pediatra y el adolescente capaz, en el curso del cual toman conjuntamente decisiones acerca de la manera más adecuada de abordar un problema de salud. La capacidad y madurez de una persona, sea ésta mayor o menor de edad, debería medirse por sus capacidades formales de juzgar y valorar las situaciones y no por no por el contenido de los valores que asuma o maneje o por la aparente irracionalidad de las decisiones. El error clásico ha sido considerar inmaduro o incapaz a todo aquel que tenía un sistema de

²⁹ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ F.J, GARCÍA CALVO, T., PÉREZ CARCELES, M.D., OSUNA, E. (2016). “El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario”. *Derecho y salud*, Vol. 26, N°. Extra 1, 2016, pp. 229-236.

³⁰ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2015). Dilemas ético-legales que presenta la regulación de la capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico. *Pediatría Integral*, Vol. XIX (5), pp. 302-307.

valores distinto del considerado adecuado por los profesionales, y que pretendía tomar decisiones en contra de la opinión experta.³¹

Este modelo es antipaternalista, o defensor de la autonomía del menor, que al fin y al cabo es el modelo que intenta progresar en Europa como establecía la Convención de los Derechos del Niño y lo recoge la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ³², de modificación parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil” la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos”

4.2. La reforma paternalista de 2015

Esta teoría cambia con la reforma sufrida en el año 2015, la cual se centra en cambiar principalmente dos puntos; el primero, la rigidez de la concepción objetiva gradual de la capacidad por edades, y por otro, la autonomía del menor mayor de 16 años en los casos de actuaciones médicas de consecuencias irreversibles o riesgo grave.

Esta reforma se lleva a cabo por la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en su disposición final segunda³³. En ella se modifican los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 al artículo 9 de la LAP, que quedan redactados como sigue:

«3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

³¹ OGANDO DÍAZ, B. y GARCÍA PÉREZ C. (2007). “Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro”. *Pediatría Integral*, Vol. XI, nº 10, pp. 877-883.

³² La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor en su exposición de motivos señala que “el conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección”

³³ Según declara su Exposición de motivos, la norma tiene por objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario (...) »

Se introduce por tanto un nuevo apartado 4 en el artículo 9 referido a los menores emancipados o mayores de 16 años en relación a los cuales no cabe otorgar el consentimiento por representación, salvo en los casos en los que se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud.

Además, se añade también un apartado 6 en el que se establece que en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, la decisión debe adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, y en caso contrario deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente.

La versión anterior difiere lo hasta ahora expuesto con la reforma del año 2015, pues contemplaba la prestación del consentimiento por representación del menor de edad según las diferentes edades, a partir de los doce años cumplidos, se otorgaba el consentimiento por representación tras haber escuchado la opinión del menor, a partir de los dieciséis años cumplidos, no cabía la prestación del consentimiento por representación, era el propio menor quien la prestaba, aunque en caso de actuación de grave riesgo, los padres eran informados y su opinión era tenida en cuenta.

Todas estas modificaciones de la reforma, se hacen introduciendo las directrices de la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

En la teoría antipaternalista se basaban las condiciones de madurez en abstracto, en base a unos criterios generales, sin embargo en la reforma propaternalista se valora singularmente cada caso, y el consentimiento lo prestará el representante legal teniendo en cuenta el mayor beneficio para la vida o salud del paciente, a diferencia de la LAP en la que los padres eran informados y su opinión era tenida en cuenta, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

Desaparece aquí por tanto la figura del menor maduro³⁴, se considera que el mayor de 16 años, pero menor de 18, puede ser tan inmaduro como uno de doce para valorar el alcance de la intervención.

Si la decisión que adopta el representante legal del paciente menor de edad resultase contraria al beneficio del propio paciente, estas decisiones deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial. Además, por razones de urgencia, los profesionales sanitarios podrán adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida del paciente amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y estado de necesidad.

Sin embargo, estas no son las corrientes seguidas en Europa por la Comisión Europea y por la Organización de las Naciones Unidas, ya que el Comité de los Derechos del Niño de la ONU aboga por el fomento de las acciones de los menores en relación con sus derechos con el fin de propiciar su autonomía. Tal y como lo estableció el Comité de los Derechos del Niño (Comité del niño),³⁵ los adolescentes hasta los 18 años de edad son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención del Niño, tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consecuencia, con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos. La Unión Europea recomienda establecer medidas a fin de promover la sensibilización de los jóvenes respecto a sus derechos y al modo de ejercerlos, así como apoyar la participación de los mismos en el proceso de toma de decisiones.

5. TEMAS CONTROVERTIDOS

Se destacan las siguientes situaciones por su relevancia social, la interrupción voluntaria del embarazo, el tratamiento de los menores con disforia de género, y las transfusiones de sangre a los testigos de Jehová. Son temas controvertidos en los que existen diversas opiniones y puntos de vista.

5.1. Interrupción voluntaria del embarazo

³⁴ Comité Ejecutivo de la Asociación Española de Pediatría. *Aspectos éticos y legales del menor maduro, El menor maduro y los últimos cambios legislativos*. Plataforma digital Continuum.

³⁵CAMPOS GARCÍA, S. (2009). “La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia”. *IIDH*, Vol. 50, pp. 353 a 355.

En el antiguo artículo 9.4 LAP se establecía que en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les correspondía exclusivamente a ellas, pero al menos uno de los representantes legales debía ser informado de la decisión de la mujer, salvo cuando la menor alegase fundadamente que esto le iba a provocar un conflicto grave.

En el nuevo artículo 9.5 tras la reforma del año 2015³⁶ se indica que para que pueda practicarse una interrupción voluntaria del embarazo en una menor de edad, tendrán que confluir la manifestación de voluntad de la menor y el consentimiento expreso de sus representantes legales. Por ello la voluntad del menor es necesaria, pero no suficiente. La regla general es que la conformidad ha de ser tanto del padre como de la madre, pero, ¿y en caso de conflicto entre los progenitores?

La discrepancia debe resolverse de acuerdo con las reglas de ejercicio de la patria potestad contenidas en el código civil, es decir, acudir al juez que después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y si es mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre.³⁷

En el caso de que los padres vivan separados deben seguirse las reglas del Código Civil, es decir, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Se hace una remisión al código civil, a fin de solucionar cualquier tipo de conflicto que surja al prestar consentimiento por los representantes legales o cuando la decisión de estos pueda poner en peligro el interés superior del menor. Los conflictos que puedan surgir habrán de ventilarse al amparo del

³⁶ Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. “Artículo segundo. Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Se modifica el apartado 5 del artículo 9, que queda redactado de la siguiente manera: «5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.»

³⁷ Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo en su exposición de motivos indica que “además, se hace una remisión al Código Civil, a fin de solucionar cualquier tipo de conflicto que surja al prestar el consentimiento por los representantes legales o cuando la decisión de estos pueda poner en peligro el interés superior del menor.”

artículo 158 CC.³⁸ En estos conflictos tendrá que intervenir siempre el Ministerio Fiscal para velar por los intereses del menor, emitiendo un dictamen.

5.2. Menores Testigos de Jehová

La doctrina de los Testigos de Jehová tiene la consideración legal de confesión religiosa³⁹, con personalidad jurídica propia reconocida en el ordenamiento jurídico español desde su inscripción en 1970 en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.

Los menores de edad testigos de Jehová rechazan las transfusiones de sangre por sus convicciones religiosas, las transfusiones de sangre son uno de los temas más controvertidos de sus creencias. Según aluden tanto el Antiguo como el Nuevo Testamento se manda abstenerse de la sangre:

*“Además, para Dios, la sangre representa la vida. Así que los testigos obedecen por tanto el mandato bíblico de abstenerse de la sangre por respeto a Dios. La razón principal por la que Dios nos dice que debemos abstenernos de ella es porque esta representa algo sagrado para él.”*⁴⁰

El rechazo de la transfusión de sangre va a plantear siempre un conflicto de intereses entre el ejercicio de la libertad religiosa del paciente y su vida y salud, ya que la transfusión médica es una práctica que se funda en la necesidad de reposición del contenido y función celular de la sangre que falta o se ha perdido. Existen principalmente tres situaciones clínicas en las que está indicada la terapia transfusional: 1ª. Para mantener o restaurar un volumen adecuado de sangre circulante con el fin de prevenir o combatir el choque hipovolémico; 2ª. Para mantener y restaurar la capacidad de transporte de oxígeno de la sangre; 3ª. Para reponer componentes específicos de la sangre,

³⁸ Apartado 6.º del artículo 158 del Código Civil introducido por el apartado nueve del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio: “en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública”.

³⁹ MURILLO MUÑOZ, M. y HERNANDO DE LARRAMENDI M. (2011). *Guías para la gestión pública de la diversidad religiosa*. Ed. Observatorio del pluralismo religioso en España.

⁴⁰ ¿Dice la Biblia algo acerca de las transfusiones de sangre? Web oficial Testigos de Jehová. Disponible en:
<https://www.jw.org/es/ense%C3%B1anzas-b%C3%ADblicas/preguntas/biblia-transfusiones-sangre/>

como proteínas plasmáticas o elementos formados (glóbulos rojos, plaquetas o leucocitos) cuyo déficit produce manifestaciones clínicas⁴¹.

La Constitución Española no jerarquiza dentro de los Derechos Fundamentales el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa e ideológica, por tanto, ¿puede la religión plantarse como un límite al derecho a la vida?

Los médicos son los que se encuentran en una encrucijada. Por una parte, el juramento hipocrático los obliga a hacer todo lo posible por salvar una vida humana, pero por otra no pueden realizar ninguna la práctica médica en contra de la voluntad del paciente.⁴²

Uno de los casos más relevantes es el enjuiciado por el Tribunal Constitucional en el año 2002. En él, se absolvió a los padres de un menor de 13 años de edad que terminó falleciendo al negarse “con auténtico pavor” a la transfusión de sangre que necesitaba.⁴³ Todo comenzó con un accidente de bicicleta, en el que el menor se encontraba en un grave riesgo hemorrágico, los padres y el niño se negaron a la transfusión de sangre, pero el centro hospitalario solicitó y obtuvo una autorización judicial para el caso de riesgo vital. La intervención no se pudo realizar ya que el terror del paciente hacia la transfusión podía acarrear severos riesgos de hemorragia cerebral. Los padres fueron en busca de alternativas a otros centro hospitalarios, pero sin éxito, lo que derivó en un estado crítico ya del paciente en su propio domicilio, que tras nuevas intervenciones judiciales, esta vez aceptadas por los padres, se propició la intervención médica y la transfusión. Sin embargo, esto no pudo impedir el fallecimiento del menor.

⁴¹ SALAZAR, M. (2003). Guías para la transfusión de sangre y sus componentes. *Revista Panamericana de Salud Pública*, nº 13, p. 183.

⁴² “El juramento médico se actualiza e incorpora, por primera vez, la autonomía del paciente” Artículo de revista. *Médicos y pacientes* (17/10/2017). Disponible en:

<http://www.medicosypacientes.com/articulo/el-juramento-medico-se-actualiza-e-incorpora-por-primera-vez-la-autonomia-del-paciente>- Señala que “la Asociación Médica Mundial aprobó en su 68ª Asamblea General, celebrada, recientemente, en Chicago una nueva versión de la Declaración de Ginebra, equivalente del juramento hipocrático, de carácter básicamente ético, que hacen aquellos que se gradúan en Medicina. La actualización ha supuesto la incorporación de dos conceptos clave como son la autonomía del paciente y el cuidado de la salud del propio profesional. En cuanto a la autonomía del paciente “se ha insertado una cláusula en la versión de 2017 que dice «Respetaré la autonomía y la dignidad de mi paciente». ¿Significa esto que se abre la puerta para que las peticiones de los pacientes (desde cambios de género a la eutanasia) estén por encima de su derecho de objeción de conciencia?

⁴³FUNDACIÓN MERK SALUD, Informe del experto nº 15, “Menor maduro y salud”, pp. 10-12,

Inicialmente los padres fueron absueltos en la instancia, pero fue después cuando estos fueron condenados por el Tribunal Supremo⁴⁴ como autores de un delito de homicidio por omisión, (con atenuante muy cualificada de arrebatos y obcecación en función de sus creencias religiosas), ya que no autorizaron la transfusión de sangre, aunque, solicitaron tratamientos alternativos y no se opusieron a la orden judicial de realizar la transfusión de sangre que se acordó en el último momento, cuando ya fue demasiado tarde para salvar la vida del menor.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 154/2002, de 18 de julio, declaró que esa condena vulneraba el derecho a la libertad religiosa contenido en la Constitución Española.⁴⁵ Esta sentencia consideró que, aun cuando no hubiera certeza sobre la madurez del menor para decidir sobre una cuestión de trascendencia vital, con su oposición a la intervención médica estaba tanto el derecho a la libertad religiosa como a la integridad física.

En el año 2012, la Fiscalía General del Estado se pronunció, y es ahí donde entra en juego la Circular 1/2012 sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

En ella se trató de sentar criterios generales en esta materia, dando lugar a una serie de conclusiones:

- a) Si el menor se niega al tratamiento, pero sus padres no, entonces el facultativo lo realiza sin necesidad de acudir al juez.

⁴⁴ La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 27 de junio de 1997, expresamente aceptó los fundamentos fácticos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, entre ellos la relación de hechos probados, pronunció el siguiente fallo: “Que debemos condenar y condenamos a los acusados como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión, y al pago de las costas correspondientes”

⁴⁵ La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 154/2002, de 18 de julio, señala que “hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias. Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (artículo 16.1 CE). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo.”

- b) Si el menor rechaza el tratamiento y los padres también, el médico en este caso debe plantear la cuestión al juez, salvo en los casos de urgencia, en los cuales podrá llevar a cabo el tratamiento.
- c) Si el menor quiere o no rechaza el tratamiento, pero los padres se oponen, el médico debe aplicarlo sin la autorización judicial.
- d) Por último, si el menor no presenta madurez, y sus padres se oponen, el médico deberá plantear la cuestión al juez.

También se pronunció al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hoffmann vs Austria*, en la STEDH de 23 de Junio de 1993⁴⁶. Trata de una mujer, la señora Hoffmann, que denunció haber sido privada de la guarda y custodia de sus hijos debido a sus convicciones religiosas y su eventual negativa a que los hijos recibiesen una transfusión de sangre en caso de precisarla. Reclamaba por tanto un respeto a su vida familiar, a su libertad religiosa.

Los tribunales ordinarios de distrito y regional resolvieron a favor de la actora, pero el Tribunal Supremo admitió el recurso presentado por el interesado, dictaminando finalmente que la educación de los niños de acuerdo con los principios de los testigos de Jehová violaba las disposiciones de la Ley Federal sobre la educación religiosa de la infancia de Austria y que los intereses educativos de los niños habían sido vulnerados.

El TEDH entiende que la referencia por parte del Tribunal Supremo a la mencionada Ley Federal sobre la educación religiosa de la infancia se ha sobrepasado, puesto que dicha ley no puede alterar o menoscabar derechos fundamentales universales recogidos en todas las grandes declaraciones de derechos humanos, incluido el Convenio de Roma, como es el derecho a la

⁴⁶ La señora Hoffmann apeló a la Comisión el 20 de febrero de 1987. Denunciaba haber sido privada de la guarda y custodia de sus hijos debido a sus convicciones religiosas. Invocaba su derecho al respeto de su vida familiar (artículo 8 del Convenio), su libertad religiosa (artículo 9), y su derecho a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas (artículo 2 del Protocolo núm. 1); además, se pretendía víctima de una discriminación basada en la religión (artículo 14). 27 La Comisión admitió su demanda (núm. 12875/1987) el 10 de julio de 1990. En su informe de 16 de enero de 1992 (artículo 31), concluyó: a) por ocho votos contra seis, con la violación del artículo 8 en relación con el 14; b) por doce votos contra dos, con la ausencia de necesidad de examinar el asunto desde el ángulo del artículo 9, considerado aisladamente o en relación con el artículo 14; c) por unanimidad, con la no violación del artículo 2 del Protocolo nº 1.

libertad de pensamiento, conciencia y religión, por una parte, y el principio de no discriminación por motivos varios, entre los que se encontraría los religiosos.⁴⁷ Es más, el tribunal pone en conexión directa el artículo 8 del Convenio, es decir, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, con el artículo 9 del Convenio, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y con el artículo 14 del Convenio, a saber, la prohibición de ningún tipo de discriminación por razón de, entre otras, religión, opinión o “cualquier otra situación”.

Por lo tanto, el TEDH apreció trato discriminatorio por parte del Tribunal Supremo austríaco en la denegación del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos a la Sra. Hoffmann con base en su condición de Testigo de Jehová y en su eventual negativa a que los hijos recibiesen una transfusión de sangre en caso de precisarla. El TEDH acude a preceptos del Código Civil austríaco para estimar que “la decisión judicial (...) puede suplir el consentimiento de los padres para hacer tal transfusión, médicamente necesaria” y que merced a tal posibilidad de acudir en todo momento a una decisión judicial externa, la actitud de la madre respecto a las transfusiones “no representa un peligro para los hijos”.⁴⁸ A modo de resumen nos dice la circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado que en esta sentencia del TEDH “no se cuestiona en ningún momento la primacía de la vida de los hijos en caso de posible conflicto con la voluntad o creencias de su representante legal.” Además, añade “estos precedentes jurisprudenciales y el tenor del artículo 9.3 de la LAP indican que la solución de los posibles conflictos de intereses cuando están en juego graves riesgos, debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad, ya expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales, cuando su sentido en uno u otro caso, sea contrario a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad”.

Es la legislación autonómica la que va tener que dirimir en los casos de conflicto cuando haya “riesgo grave” y los facultativos entiendan que es

⁴⁷ MARTÍ SÁNCHEZ, S., SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J., RECODER VALLINA, N. (2007). “Los derechos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 5, p. 132.

⁴⁸ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 3 octubre, p. 24

imprescindible una transfusión de sangre u otra intervención médica urgente pero el menor o sus representantes se niegan a prestar el consentimiento. Al tratarse de un conflicto en el que se ven inmersos derechos fundamentales, es precisa la judicialización de la decisión.

El apartado número 4 del artículo 158 del Código Civil marca las directrices del juez, ya que el mismo, de oficio o a instancia del propio menor, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

5.3. Menores con disforia de género

Acerca del tratamiento de los menores con disforia de género, debe partirse del artículo 156 del Código Penal⁴⁹ que indica que:

“El consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

Por tanto, el Código Penal priva de aptitud legitimadora al consentimiento del menor de edad, con independencia de su madurez, no es posible practicar cirugía transexual sobre personas que no hayan alcanzado los dieciocho años de edad.

El consentimiento del menor maduro por tanto, no es relevante para legitimar un acto médico que suponga una lesión irreversible a su salud o una pérdida de un órgano o función. Sin embargo, en el caso que ahora se trata, hay unos tratamientos previos que tienen efectos reversibles, como son los bloqueadores hormonales, los cuales se utilizan para evitar el desarrollo sexual en el sentido no deseado. Es decir, frenan el desarrollo de la pubertad en adolescentes transexuales y el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios, como puede ser la barba en los hombres o el crecimiento del pecho en las mujeres. Constituye una terapia reciente y cada vez más aceptada ya que es reversible

⁴⁹ Artículo 156 del Código Penal, redactado por el número ochenta y cuatro del artículo único de la ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

y ha logrado una reducción significativa del sufrimiento psicológico al mejorar la aceptación social y el resultado estético del aspecto del sexo deseado.⁵⁰

En el Congreso Mundial de Endocrinología del año 2013 se señaló que lo conveniente es aplicar estos bloqueadores hormonales a partir del Tanner 2, esto es una escala que fue ideada por el pediatra británico James Tanner, y es una valoración de la maduración sexual a través del desarrollo físico de los niños, adolescentes y adultos. La escala define las medidas físicas sexuales, como el tamaño de las mamas, genitales, volumen testicular y el desarrollo del vello púbico y axilar. Es una escala del 1 al 5, por tanto sería en la edad posterior a la prepuberal, alrededor de los 12 años de edad.

La idea es por tanto dar a los niños el tiempo suficiente para madurar emocionalmente para así poder estar seguros de que realmente desean un cambio de sexo permanente. Pero cuanto más tarde se proporcionen esos bloqueadores, mayor será el desarrollo físico no querido y más problemas tendrán las personas que los reclaman.

Desde hace unos años, de nuevo es la legislación autonómica la que regula este ámbito. En algunas CCAA se suministran tanto en la sanidad pública como en la privada, pero no hay en España una legislación unitaria ni un consenso médico sobre cómo tratar estos menores. Varias asociaciones, entre ellas la Asociación de Familias de Menores Transexuales Chrysallis pide una legislación común, ya que cada CCAA tiene su propia legislación y además, en algunas de ellas no se pueden aplicar este tratamiento hasta los 18 años de edad, y “a esa edad, los efectos de los bloqueadores son mucho menores, porque el desarrollo físico es casi completo”, afirma Violeta HERRERO, presidenta de Chrysallis, argumenta además que *“prohibir ese tratamiento hasta los 18 años es obligar a los menores transexuales a pasar por un calvario durante su adolescencia”*. Uno de los vocales del grupo, Javier MALDONADO, asegura que el desigual trato territorial “vulnera el principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución y afecta a derechos fundamentales como el

⁵⁰ GUERRERO FERNÁNDEZ, J., CORAL BARREDA-BONIS, A. GONZÁLEZ CASADO, I. (2015). “Pros y contras de los tratamientos hormonales desde el punto de vista de la endocrinología pediátrica”, *Endocrinología pediátrica*, Vol. 6(2), pp. 45-51.

respeto a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y al respeto a la vida privada”.⁵¹ Afirma que:

“El hecho de que en algunas Comunidades se administren bloqueadores y el tratamiento hormonal, mientras que en otras no, supone un trato desigual en función de la Administración que resulte competente para cada menor transexual, vulnerándose el principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución y rompiéndose la cohesión del Sistema Nacional de Salud que la propia legislación sanitaria contempla⁵². Pero es evidente que el problema para los menores no es en sí ese trato desigual, sino que en algunas Comunidades se les niegue la administración de esos tratamientos, vulnerando su derecho a la protección de la salud reconocido por la Constitución (artículo 43). Por ello rechazamos que las iniciativas de algunas Comunidades en las que no se administran esos tratamientos, instando a un trato homogéneo en todo el Estado, puedan dar lugar a que tampoco se administren en otras Comunidades.”⁵³

En concreto en Cantabria, existe un protocolo de atención a las personas con disforia de género en el que se hace referencia a que tiene que haber “una marcada incongruencia entre el género sentido y el género asignado, de al menos 6 meses de duración, que se manifiesta en al menos seis de los criterios que se estipulan, como por ejemplo un fuerte deseo de ser del otro sexo o la insistencia en que uno es del otro género, una fuerte preferencia por los juguetes juegos o actividades estereotípicamente utilizadas o desarrolladas por el otro género, o una fuerte aversión a la anatomía sexual propia”⁵⁴.

5.4. ¿Primacía de la autonomía moral o del derecho a la vida?

La mayoría de los debates que se producen jurídicamente acerca del régimen que se debe instaurar para la prestación del consentimiento por parte del menor en las intervenciones sobre su cuerpo se centran en dirimir entre los diferentes derechos fundamentales que entran en conflicto cuál de ellos debe prevalecer. Entre los que se destacan son precisamente el derecho a la vida frente a la autonomía moral, su libertad religiosa y su libre desarrollo.

⁵¹ ÁLVAREZ, R.J. “Unas CCAA dan más derechos a los menores transexuales que otras”. *El Mundo*, (22/07/2014).

⁵² V.gr. el artículo 3.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que proclama que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”

⁵³ MALDONADO MOLINA, J (2014), “El Derecho y los menores transexuales”, II Encuentro Estatal de Familias, 16 de noviembre de 2014; en línea: <http://chrysallis.org.es/el-derecho-y-los-menores-transexuales/>.

⁵⁴ Protocolo de atención a las personas transexuales en el Servicio Cántabro de Salud (2018).

El pluralismo moral es un rasgo característico de las sociedades contemporáneas. El problema se plantea cuando un menor maduro, en un caso extremo, se opone a recibir algún tratamiento vital, para impedir su muerte. En este caso se plantea la cuestión entre elegir entre respetar la autonomía moral del paciente menor de edad, o por otro lado elegir su derecho fundamental a la vida. Esa decisión del menor que toma prestando o no su consentimiento informado, rechazando o aceptando un tratamiento que puede resultar vital, choca muchas veces con el código deontológico de los médicos, mediante el cual ellos deben respetar la vida y el cuidado de la salud de sus pacientes.

Parece simple solucionar este problema, dando un valor absoluto a la vida, pero esto nos alejaría de conocer las razones en las que se funda el menor, según el contexto que lo rodea. Optando por cualquiera de las dos opciones sin sopesar las circunstancias que rodean al menor va hacer que se acabe causando, en algunos casos, un daño mayor al que se pretende evitar.

Este tema se ve envuelto en la doctrina del doble efecto en MANRIQUE, teoría que entiende que nuestra responsabilidad es mayor cuando provocamos un daño de manera directa que cuando el daño es producto de nuestra intención oblicua.⁵⁵

La actitud con la que se afronta la decisión del menor va a estar influida por criterios que no son compartidos de manera unánime por el conjunto de la sociedad, criterios tales como religiosos, filosóficos o culturales. Por ello, puede resultar difícil ofrecer razones en cuanto a la posición propia que resulten válidas para quien no comparta esos mismos valores morales.

Puede darse el caso en el que existan razones que no son parciales, y que son objetivas en las que se base el menor y que nos muestre que la vida no representa su interés superior, y por tanto desmontar la teoría del valor absoluto de la vida del menor. Un error por tanto que se puede cometer, es pensar que quien no comparte nuestros ideales, es incapaz para tomar una decisión adecuada. Una opinión destacada es la del profesor ROMEO CASABONA, que sostiene que:

⁵⁵ MANRIQUE, M.L. (2007). “Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 30, pp. 415-434.

“El pleno ejercicio de cualquier derecho fundamental ha de ser compatible con el mantenimiento del que es sustrato y condición imprescindible de todo ellos, es decir, la vida misma, respecto a la cual están facultados para intervenir los poderes públicos (artículo 158.3 CC), si bien, una vez llegados a la mayoría de edad, el efecto tutelar del ordenamiento jurídico debe ceder a la plena autonomía del interesado, por lo que debe prevalecer, en su criterio, el interés por preservar la vida del menor para que pueda ejercer con plenitud todos los demás derechos cuando alcance la mayoría de edad”⁵⁶

Existe un principio de que se debe exigir más capacidad al menor que se opone a seguir las indicaciones del médico que al que las acepta. La razón es que, si bien no podemos modificar el umbral para considerar a una persona capaz dependiendo de que su decisión coincida o no con el criterio médico, sí parece razonable exigir una capacidad plena cuando el ejercicio del derecho de autodeterminación tendrá como consecuencia un grave perjuicio para la salud de la persona, o incluso su muerte.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, R.J., “Unas CCAA dan más derechos a los menores transexuales que otras”. *El Mundo*, (22/07/2014).
- AYUSO MURILLO, D., TEJEDOR MUÑOZ, L., & SERRANO GIL, A. (2018). *Enfermería familiar y comunitaria: Actividad asistencial y aspectos ético-jurídicos*. Ediciones Díaz de Santos.
- BERROCAL LANZAROT, A. (2004). “El consentimiento informado y la capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002” *Anuario De Derechos Humanos Nueva Época*, 5, nº 35, pp. 11-123
- CAMPOS GARCÍA, S. (2009). “La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia”. *IIDH*, Vol. 50, pp. 349-357.

⁵⁶ ROMEO CASABONA, C.M., “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (la negativa de los padres por motivos religiosos a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2, 1998, pp. 327-358.

- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2017). *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo*, Thomson Reuters Civitas, 2017.
- FERREIRA PADILLA, G., FERRÁNDEZ ANTÓN, T., BALEIROLA JÚLVEZ, J. (2013). "Consentimiento informado vs. «consentimiento comunicado» ante la necesidad de garantizar la bidireccionalidad e interrelación médico-paciente y mejorar la satisfacción de pacientes y facultativos", *Atención Primaria*, nº 45(4), pp. 225-226.
- GUERRERO FERNÁNDEZ, J., CORAL BARREDA-BONIS, A. GONZÁLEZ CASADO, I. (2015). "Pros y contras de los tratamientos hormonales desde el punto de vista de la endocrinología pediátrica", *Endocrinología pediátrica*, Vol. 6(2), pp. 45-51.
- MALDONADO MOLINA, J (2014), "El Derecho y los menores transexuales", II Encuentro Estatal de Familias, 16 de noviembre de 2014; en línea: <http://chrysallis.org.es/el-derecho-y-los-menores-transexuales/>.
- MANRIQUE, M.L. (2007). "Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 30, pp. 415-434.
- MARTÍ SÁNCHEZ, S., SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J., RECODER VALLINA, N. (2007). "Los derechos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis". *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 5, pp. 91-156.
- MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, K. (2007). "La capacidad del menor en el ámbito de la salud: Dimensión socio-sanitaria", *Derecho y Salud*, Vol. 15(1), pp. 27-42.
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2012). "Rechazo a las políticas públicas de vacunación, análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano", *Derecho privado y Constitución*, nº 26, pp. 203-237.

- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2015). Dilemas ético-legales que presenta la regulación de la capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico. *Pediatría Integral*, Vol. XIX (5), pp. 302-307.
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2016). “La capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico: problemas de autonomía e intimidad”. *Revista Española Endocrinología Pediátrica*, Vol. 7 (2), pp. 2-11.
- MURILLO MUÑOZ, M. y HERNANDO DE LARRAMENDI M. (2011). *Guías para la gestión pública de la diversidad religiosa*. Ed. Observatorio del pluralismo religioso en España.
- OGANDO DÍAZ, B. y GARCÍA PÉREZ C. (2007). “Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro”. *Pediatría Integral*, Vol. XI, nº 10, pp. 877-883.
- RODRIGO DE LARRUCEA, C. (2018). “Origen del consentimiento informado y el juez Cardozo”. Disponible en:
<https://carmenrodrigodelarrucea.wordpress.com/2018/01/19/origen-del-consentimiento-informado-y-el-juez-cardozo/>
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ F.J, GARCÍA CALVO, T., PÉREZ CARCELES, M.D., OSUNA, E. (2016). “El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario”. *Derecho y salud*, Vol. 26, Nº. Extra 1, 2016, pp. 229-236.
- ROMEO CASABONA, C.M., “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijos menor? (la negativa de los padres por motivos religiosos a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2, 1998, pp. 327-358.
- SALAZAR, M. (2003). Guías para la transfusión de sangre y sus componentes. *Revista Panamericana de Salud Pública*, nº 13, pp. 183-190.

- TARODO SORIA, S. (2006). “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”, *Derecho y Salud*, nº 14 (1), pp. 229-249.